

**M.ª TERESA MARAÑÓN MAROTO**

*Abogada*

**LUIS VIDAL DE MARTÍN SANZ**

*Abogado*

*Miembro del Servicio de Orientación Jurídica de Extranjeros  
(SOJE) del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*

**Extracto:**

**EL** presente artículo tiene por objeto dar a conocer los aspectos fundamentalmente laborales relacionados con el fenómeno de la extranjería a raíz de la entrada en vigor de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se trata de efectuar un recorrido por los derechos laborales de los extranjeros en España, su entrada, tramitación de los permisos de trabajo, el llamado «contingente» o cupo anual y el proceso de regularización que actualmente realiza la Administración.

---

## Sumario:

---

### I. Derechos fundamentales y derechos laborales.

#### 1. Análisis de los derechos laborales.

1.1. Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social. (Artículo 10).

1.2. Libertad de sindicación y huelga. (Artículo 11).

1.3. Asistencia sanitaria. (Artículo 12).

1.4. Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales. (Artículo 14).

1.5. Derecho a la intimidad familiar (reagrupación familiar). (Artículo 16).

### II. Trabajo de los extranjeros.

#### 1. Entrada de los extranjeros en España.

#### 2. Regulación del trabajo en la nueva ley.

2.1. Trabajo ordinario de los extranjeros.

2.2. Excepciones al permiso de trabajo.

2.3. Permisos especiales de trabajo.

#### 3. Tramitación de los permisos de trabajo.

3.1. Presentación de los permisos de trabajo.

3.2. Lugar y efectos de la presentación de la solicitud.

3.3. Documentación a presentar junto a la solicitud.

3.4. Instrucción del procedimiento.

3.5. Resolución del expediente.

3.6. Renovación.

4. Contingente.

### III. Infracciones y sanciones en el ámbito laboral.

1. Principios de la potestad sancionadora.

2. Principios del procedimiento.

3. Garantías del procedimiento.

4. Infracciones en materia laboral.

4.1. Infracciones leves en materia laboral.

4.2. Infracciones graves en materia laboral.

4.3. Infracciones muy graves en materia laboral.

4.4. Prescripción.

4.5. Procedimiento sancionador en materia laboral.

5. Delitos contra ciudadanos extranjeros.

### IV. Proceso de regularización de extranjeros: un acceso al mercado de trabajo.

1. Personas a las que se dirige la regularización.

2. Requisitos.

3. Caso especial: familiares de residentes comunitarios o de españoles.

4. Medidas del proceso de regularización para extranjeros en situación regular.

V. Otras novedades de la Ley de Extranjería.

1. Normas fiscales en la Ley de Extranjería.
2. Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración.
3. Apoyo al movimiento asociativo de los inmigrantes.

## I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS LABORALES

Nunca una nueva ley había levantado tanta expectación y tanto debate público. Su entrada en vigor fue portada en todos los periódicos de ámbito nacional, cabecera de telediarios y tema estrella en las tertulias.

El Título Primero de la ley se dedica a los derechos de los extranjeros realizándose una declaración que recuerda a nuestros artículos 14 a 52 de la Constitución Española (CE). Realizando una mera comparación vemos que recoge muchos de ellos, haciendo una duplicidad de regulación. ¿Por qué una norma repite lo que ya establece la Constitución? Ya la antigua ley establecía una enumeración de derechos de los extranjeros ¿qué novedades trae la nueva ley?

Nuestra Constitución establece tres grupos de derechos constitucionales:

- 1.º Un grupo de derechos contenidos en los artículos 14 a 29, que son los llamados derechos y libertades fundamentales, inherentes a toda persona, reconocidos en las declaraciones sobre Derechos Humanos y protegidos mediante recurso de amparo.
- 2.º Un segundo grupo de derechos recogidos en los artículos 30 a 38 de la Constitución y que son considerados derechos-deberes, no susceptibles de ser amparados mediante recurso de amparo y, por tanto, unos derechos más débiles que los anteriores.
- 3.º Un tercer grupo de derechos programáticos, sólo alegables ante los tribunales conforme su ley de desarrollo, no susceptibles de amparo y que se recogen en los artículos 39 a 52 de la Constitución.

En materia de derechos, la norma se manifiesta de una modernidad radical, ya que los derechos configurados en el Capítulo III del Título I de la Constitución, es decir, artículos 39 a 52, reciben un impulso modernizador que los coloca justamente en el umbral de los derechos fundamentales y libertades públicas y verdadera fuente de inspiración de futuros cambios en los ordenamientos jurídicos de los países occidentales <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Novedades de la nueva Ley de Extranjería. Artículo publicado por el Aula de Migración del Colegio de Abogados de Madrid en la *Revista IURIS*. Febrero de 2000 N.º 36. Autores: Fernando OLIVÁN LÓPEZ, Ignacio ALARCÓN MOHEDANO, Luis-Vidal DE MARTÍN SANZ.

Si iniciamos nuestro análisis comparando nuestra Constitución con la Ley de Extranjería, debemos partir de los artículos 13 de la CE y 3 de la nueva ley que tratan de la igualdad de derechos.

Hasta ahora la CE y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional permiten establecer la desigualdad entre españoles y extranjeros siempre y cuando así lo establezca una ley. Por tanto tendremos derechos inherentes a la persona que serán iguales para españoles y extranjeros y derechos en los que la nacionalidad podrá establecer diferencia de trato siendo plenamente constitucional. No podrá haber discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, pero sí por razón de nacionalidad <sup>2</sup>.

En conclusión, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado. En virtud de lo anterior, existen tres tipos de derechos:

- 1.º Derechos que son iguales para españoles y extranjeros (derechos fundamentales inherentes a la naturaleza humana): derecho a la vida, libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho a la libertad y seguridad, al honor, derecho a la libertad de expresión, a la tutela judicial efectiva, a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito.
- 2.º Otros que no pueden ser nunca aplicables a extranjeros (políticos, cargos públicos, militares).
- 3.º Derechos que pertenecerán o no al extranjero según se disponga en los Tratados y las leyes, siendo admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio, según modulación de la Ley de Extranjería con el límite de los Tratados internacionales.

La Ley 4/2000 da un paso adelante y tiende a eliminar el factor nacionalidad e ilegalidad como factores de modulación para el acceso y disfrute de la mayoría de los derechos. Sin embargo, se establecen nuevos criterios reguladores no conocidos hasta ahora, creando una escala de situaciones desde la que el extranjero obtendrá los beneficios del derecho, dependiendo de su simple presencia en España, su empadronamiento en un municipio, la estancia regular o la nacionalidad.

De lo anterior se desprende que el derecho a la educación, el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia, las prestaciones sociales básicas, que son derechos de mínima protección constitucional (derechos programáticos) se convierten en «nuevos derechos fundamentales» o por lo menos en derechos universales en tanto que se reconocen por la propia naturaleza de la persona.

---

<sup>2</sup> FJ 3.º STC 107/1984.

Otros derechos requieren para su disfrute cumplimentar la sencillísima condición del empadronamiento, como la asistencia sanitaria pública ordinaria (no de urgencia, que es universal), el derecho de ayuda en materia de vivienda, y la asistencia jurídica en cualquier jurisdicción (no expulsión, o denegación de entrada, que son universales) convirtiéndose de la misma forma en derechos universales.

Quizá esta confusión entre los derechos de cuarta generación con los clásicos derechos fundamentales sea uno de los motivos más novedosos de la ley.

Otra novedad de la norma es la inclusión de medidas antidiscriminatorias<sup>3</sup>, que recibirán la tutela judicial efectiva mediante el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos. Las garantías jurisdiccionales que la Constitución da a los derechos fundamentales revisten dos modalidades, el recurso de amparo ordinario y el recurso de amparo constitucional. La nueva Ley de Extranjería se refiere al recurso de amparo ordinario como procedimiento para proteger los derechos de los discriminados. Tristemente debemos subrayar que desde que entró en vigor nuestra Constitución dicho artículo está sin desarrollar y que por tanto la nueva ley deja sin protección todas las garantías establecidas, al igual se expresa en este sentido ÁLVAREZ CONDE. Otros autores piensan que el procedimiento del artículo 53.2 de la CE se recoge en la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, sin embargo esta ley es de carácter preconstitucional, provisional (parcialmente derogada) y sólo para proteger ciertos derechos como libertad de expresión, de reunión, asociación, no cumpliendo los requisitos de preferencia y sumariedad que exige la Constitución.

## 1. Análisis de los derechos laborales.

Fijémonos ahora en los derechos laborales: la nueva ley los recoge en sus artículos 10, 11, 12,14 y 16.

### 1.1. Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social. (Artículo 10).

Es un derecho constitucional, aunque no recibe la protección de los derechos fundamentales.

El derecho al trabajo hace referencia a los españoles, por lo que el acceso al trabajo de los extranjeros no lo es en igualdad de trato a los españoles. Una vez que se ha accedido o se han superado los requisitos exigidos por la ley podrán disfrutar de los derechos laborales vigentes en España.

<sup>3</sup> Esta novedad no es más que un reflejo de la tendencia legislativa contra todas formas de discriminación, tal y como vienen establecidos en los Convenios Internacionales, los trabajos del Año Europeo contra el Racismo y la Xenofobia y la recepción de los tipos más graves en nuestro Código Penal.

La nueva ley recoge por primera vez este derecho ya que la anterior no lo recogía como tal, sino que se limitaba a regular la forma de obtener el permiso oportuno para trabajar.

El artículo 10 establece que los extranjeros podrán ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de Seguridad Social en los términos previstos en la Ley Orgánica y en las leyes de desarrollo.

Los extranjeros podrán acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas públicas de empleo que convoquen las Administraciones Públicas.

### *1.2. Libertad de sindicación y huelga. (Artículo 11).*

Es un derecho constitucional reconocido en el artículo 28 con reconocimiento como derecho fundamental. Nuestra Constitución habla de «Todos» por lo que también los extranjeros tienen ese derecho reconocido. La anterior ley modulaba el contenido a los extranjeros al permitirse sólo su ejercicio a los que estaban legalmente en España.

La Ley 4/2000 no exige el requisito de legalidad, extendiendo estos derechos de forma universal, lo que también ocurre con el derecho de huelga. La Ley Orgánica de Libertad Sindical no incluye ningún precepto por el que los trabajadores extranjeros estén limitados para elegir libremente a sus representantes, incluso ocupar cargos electivos. Se incluye el derecho a la libre fundación de sindicatos.

### *1.3. Asistencia sanitaria. (Artículo 12).*

Es un derecho programático del artículo 49 de la CE tan sólo exigible ante los Tribunales conforme a su ley de desarrollo. Es un nuevo derecho que recoge la ley para los extranjeros que se encuentren inscritos en el padrón en las mismas condiciones que los españoles.

Los extranjeros que se encuentren en España (regular o irregularmente) tienen derecho a la asistencia sanitaria de urgencia y su continuidad hasta el alta. Los menores extranjeros tienen la asistencia sanitaria garantizada independientemente de su situación administrativa así como las extranjeras embarazadas.

### *1.4. Artículo 14. Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales. (Artículo 14).*

Derecho constitucional recogido en el artículo 41 tan sólo exigible ante los Tribunales conforme a su ley de desarrollo. Hasta ahora no estaba reconocido en la Ley Orgánica; en la actualidad, se contempla como derecho reservado a los residentes (permiso de trabajo y/o residencia).

Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicos. Es decir, los servicios sociales de Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, Administración General del Estado, consistentes en mediadores familiares, asistentes sociales, subvenciones, ayudas escolares, libros, etc.

#### *1.5. Derecho a la intimidad familiar (reagrupación familiar). (Artículo 16).*

El artículo 39 de nuestra Constitución establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Nos encontramos de nuevo con un derecho de protección constitucional mínima que sin embargo ha tomado una dimensión específica merecedora de un capítulo independiente. El legislador, aquí, incorpora una serie de figuras jurídicas de un enorme contenido doctrinal: los derechos a la reagrupación familiar y a la intimidad de la familia. La trascendencia de este capítulo puede llevar al desarrollo de una paulatina recepción de los derechos personales de las distintas comunidades de inmigración y, con ello, ser el catalizador de una importante «revolución jurídica»<sup>4</sup>.

El nuevo derecho, en cumplimiento del mandato del artículo 39 en relación con el 18, ambos de la Constitución y del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, consagra la reagrupación familiar como un derecho a la situación de residencia en España para convivir con el familiar reagrupante. La ley recoge el artículo 54 del Reglamento de 1996 y la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999, prácticamente con la misma redacción, aunque conviene destacar algunas novedades:

Ya no se condiciona la continuidad del permiso de residencia del familiar reagrupado, cónyuge y familiares con él reagrupados, a la conservación del vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición. Sí parece que siguen vigentes el resto de las condiciones suspensivas, residencia legal del reagrupante y mantenimiento de las causas que motivaron su concesión, es decir, medios económicos y de residencia, aunque el silencio de la ley nos obliga a esperar a su desarrollo reglamentario.

Nada dice la nueva ley sobre la exigencia de los requisitos económicos y de vivienda, los cuales serían de dudosa legalidad en el caso de que fuesen recogidos en el reglamento de ejecución, ya que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho fundamental amparado por la Constitución.

Respecto a la reagrupación del cónyuge se desarrollan los requisitos exigibles, regulando expresamente la imposibilidad de reagrupar más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. Asimismo, se exige la acreditación de la separación matrimonial en el caso de que el familiar reagrupado sea el nuevo cónyuge, especificando las condiciones del convenio regulador que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión y los alimentos.

<sup>4</sup> Fernando OLIVÁN LÓPEZ en «Novedades de la nueva Ley de Extranjería». *Revista IURIS*. Febrero 2000.

Se incluye la posibilidad de reagrupar a los hijos del cónyuge, aunque se deberá acreditar que éste ejerce en solitario la patria potestad o se le ha otorgado la custodia. La emancipación del menor en la antigua ley era considerada causa de denegación de la reagrupación familiar, actualmente sólo se establece el matrimonio y la mayoría de edad como circunstancias que imposibilitan la concesión.

Por último, se incluyen dos nuevas modalidades de reagrupación familiar: la primera, por razones humanitarias y, la segunda, la de los familiares extranjeros de los españoles.

## II. TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS

La inmigración que recibe España es principalmente para trabajar, por lo que el trabajo es el núcleo principal de esta ley.

Sin embargo, la llegada a España para trabajar requiere previamente agotar todos y cada uno de los requisitos exigidos por nuestra legislación. El régimen de entrada de los extranjeros en España se regula en el artículo 23 de la nueva Ley de Extranjería (coincidente con el art. 5 del Convenio Schengen).

### 1. Entrada de los extranjeros en España.

Será denegada la entrada <sup>5</sup> de los extranjeros que no cumplan los siguientes requisitos <sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> A los extranjeros que no cumplan los requisitos recogidos en el artículo 23 les será denegada la entrada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo, autoridad ante quien deben formalizarlo y de su derecho a la asistencia letrada (art. 24.2).

La denegación de entrada, que sigue siendo la primera medida contra la inmigración ilegal, viene a ser la sucesora de la criticada figura del rechazo en frontera. De esta nueva figura hay que destacar la cuidadosa descripción de las garantías de las que goza el extranjero ya que la denegación de entrada por los funcionarios encargados (policías) en base al incumplimiento de los requisitos de entrada deberá realizarse por resolución motivada, que será notificada al extranjero, indicando los recursos que proceden, el plazo, la autoridad competente y el derecho a la asistencia letrada, por lo que se elimina la arbitrariedad que hasta ahora existía en esta figura.

El extranjero inadmitido será llevado por el transportista que lo hubiera traído al Estado que hubiera expedido el documento de viaje, u otro Estado que garantice su admisión.

<sup>6</sup> Existen dos excepciones a este régimen general que son:

- En primer lugar, la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, conforme a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, por la que se podrá prohibir la entrada de los extranjeros o su limitación a determinados extranjeros, la obligatoriedad de hacerlo por determinados puestos, exigir más requisitos u otros diferentes establecidos en la propia declaración de los estados de alarma, excepción y sitio. Estas medidas serán aplicables mientras dure la situación anterior.
- En segundo lugar, la Administración se guarda la potestad regulada en el artículo 23.4 de la Ley de Extranjería de autorizar la entrada en territorio español a los extranjeros que no reúnan los requisitos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.

*1.º Realizar el paso por los puestos habilitados.*

El lugar de entrada habitual para cualquier extranjero son los puestos habilitados o fronteras. El concepto de frontera ha cambiado con el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, donde se distingue entre fronteras interiores y fronteras exteriores.

Las fronteras interiores son aquellas comunes a las partes contratantes, así como a sus aeropuertos en los llamados vuelos interiores y sus puertos marítimos (que no efectúen escala en otros puertos).

Las fronteras exteriores son aquellas fronteras de las partes contratantes que no sean interiores, es decir, que funcionen como frontera para terceros Estados. En el caso de España, serán exteriores la frontera con África y América, siendo interior Portugal y Francia.

La entrada en territorio español por fronteras terrestres, puertos o aeropuertos se debe realizar por los puestos habilitados, durante los días y horas señalados bajo el control de los servicios policiales correspondientes. La entrada por cualquier otro punto será considerada ilegal.

*2.º Presentar la documentación requerida.*

La documentación requerida será pasaporte y visado. En caso de emigración por motivos de trabajo es siempre exigible Visado de Trabajo que es un visado de larga duración de la serie D.

El visado es un documento que expiden las misiones diplomáticas y oficinas consulares de España en el país de procedencia. La finalidad del visado no es otra que solicitar la entrada en España. La concesión de visado se extenderá sobre el pasaporte, título de viaje o en documento aparte, significando que no existe inconveniente para que el interesado pueda entrar en el país.

La nueva ley se remite al futuro reglamento de extranjería a la hora de establecer los requisitos para su concesión, sin embargo, no podrá apartarse del sistema de visados creado tras la firma del Tratado de la Unión Europea, el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (arts. 9 a 18) y el Reglamento (CE) 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado.

El visado uniforme tendrá una validez de tres meses al semestre con una o varias entradas. No podrá estamparse ningún visado sobre documento de viaje que esté caducado, no pudiendo superar el visado la fecha de caducidad del documento de viaje.

España exigirá visado válidamente expedido y en vigor extendido en pasaporte o documento de viaje para permanecer en España más de tres meses.

Para estancias inferiores a tres meses <sup>7</sup> en un período de seis, o tránsitos de cinco días, será necesario visado salvo las siguientes excepciones:

- a) Los nacionales de países con los que se haya acordado su supresión, en la forma y condiciones establecidos en el acuerdo correspondiente.
- b) Los extranjeros que tengan la condición de refugiados y estén documentados como tales por un país signatario del Acuerdo Europeo número 31, de 20 de abril de 1959.
- c) Los miembros de las tripulaciones de barcos de pasaje y comerciales extranjeros cuando tengan libreta naval, o documento análogo durante la escala del barco.
- d) Los miembros de las tripulaciones de aviones comerciales extranjeros que estén documentados como tales mediante la tarjeta de miembro de la tripulación durante la escala de su aeronave.
- e) Los extranjeros titulares de permiso de residencia, de una acreditación provisional de residencia, de tarjeta de acreditación diplomática o de una autorización de regreso no precisarán visado.
- f) Con carácter general no necesitan visado para estancias inferiores a 90 días, siempre que no sea para realizar actividad lucrativa:
  - Los menores de 14 años;
  - Los extranjeros que sean trabajadores fronterizos, y
  - Los titulares de permisos de residencia.

<sup>7</sup> El Reglamento N.º 574/1999 del Consejo, de 12 de marzo de 1999, determina los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros: Afganistán, Albania, Angola, Arabia Saudí, Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Benin, Bhután, Birmania/Myanmar, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Chad, China, Comoras, Congo, Corea del Norte, Côte d'Ivoire, Cuba, Djibouti, Egipto, Emiratos Arabes Unidos, Eritrea, Etiopía, Macedonia (Ex República Yugoslava), Fiji, Filipinas, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, India, Indonesia, Irán, Iraq, Jordania, Kazajstán, Kuwait, Laos, Líbano, Liberia, Libia, Madagascar, Maldivas, Malí, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Moldova, Mongolia, Mozambique, Nepal, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Papua Nueva Guinea, Perú, Qatar, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), Rumania, Rusia, Rwanda, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Sierra Leona, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Suriname, Tanzania, Tailandia, Tayiskistán, Togo, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uganda, Uzbekistán, Vietnam, Yemen, Zambia.

### CLASES DE VISADO

- TRÁNSITO:
  - Portuario;
  - Aeroportuario;
  - Territorial.
  
- ESTANCIA:
  - Viajes o estancia de corta duración (limitado u ordinario);
  - Circulación múltiple;
  - Limitados;
  - Cortesía;
  - Estudios.
  
- RESIDENCIA:
  - Reagrupación familiar;
  - Trabajo por cuenta propia o ajena;
  - Actividad exenta de permiso de trabajo;
  - Asilo y refugio;
  - Jubilados y no trabajadores.

### 3.º *Tener medios económicos suficientes.*

Es una exigencia impuesta por el Convenio Schengen [art. 5.1.c)] que se recoge en la ley y se matiza reglamentariamente. Junto con la documentación de entrada es necesario que se presenten los medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el período de permanencia. Se debe, por tanto, exhibir el dinero efectivo, cheques de viaje, cartas de pago, tarjetas, hoteles o estancia, billete de ida y vuelta, nominativo y cerrado. En caso de carecer de medios suficientes se podrá acortar el tiempo de estancia conforme a dichos medios mediante diligencia extendida en pasaporte o documento análogo. La Orden de 22 de febrero de 1989 (que entendemos está en vigor al no contrariar a la nueva ley), desarrolla estos principios, estableciendo una cuantía de cinco mil pesetas por persona y día para sostenimiento, que en cualquier caso no deberá ser inferior a cincuenta mil pesetas. Las excepciones a este régimen son amplias y por supuesto no son aplicables a ciudadanos de la Unión, del Principado de Andorra, los que posean visado o contratos de trabajo especiales, los que viajen mediante touroperadores, etc.

#### *4.º No estar sujeto a prohibición expresa de entrada.*

Para entrar en territorio nacional es necesario que no pese sobre el extranjero la prohibición de entrada en España o prohibición de entrada en algún país con el que España tiene firmado Convenio en tal sentido. La Ley de Extranjería se refiere a las listas de no admisibles que contempla el Convenio Schengen.

Se considera prohibida la entrada de los extranjeros en los casos siguientes:

- a) Cuando hayan sido expulsados de España y pretendan entrar en el plazo de prohibición (art. 24.1 L.Ex.).
- b) Suponer un peligro para el orden público (art. 5.2 Convenio Schengen) o estar incursos en causa de expulsión por estar implicados en actividades contra el orden público.
- c) Cuando estén reclamados judicial o policialmente por otros países.

Sin embargo, sabemos que el inmigrante no viene tanto con trabajo sino a buscar trabajo, por lo que se va huir de esta forma tan rígida de acceder a nuestro país. Esta situación lleva al inmigrante a buscar formas indirectas de entrada, por ejemplo, como turista, con la verdadera intención de quedarse o solicitar el visado en otra embajada u oficina consular de otro Estado miembro de Schengen, ya que esto le facilita viajar libremente por dicho espacio.

Encontrar trabajo en España para un inmigrante puede ser relativamente fácil, la dificultad radica en localizar un patrón o empleador que esté dispuesto a dejar la documentación de su empresa. A la anterior dificultad debemos añadir la necesidad de solicitar visado de trabajo en el país de origen cuando el extranjero está aquí. Si bien es cierto que la nueva ley ya no sanciona con expulsión la estancia irregular ni la carencia de trabajo, sigue sin romperse el círculo vicioso que en boca del extranjero suena así:

«Nadie me contrata porque no tengo papeles, para conseguir los papeles necesito un contrato de trabajo».

## **2. Regulación del trabajo en la nueva ley.**

El diseño hecho por la nueva ley relativo a los permisos de trabajo se regula en los artículos 33 a 42.

### 2.1. Trabajo ordinario de los extranjeros.

Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo. La Ley Orgánica 4/2000 establece la siguiente diferenciación:

Permiso de Trabajo: para la realización de actividades por cuenta ajena.

Autorización Administrativa: para la realización de actividades económicas por cuenta propia, trabajos realizados por estudiantes y trabajadores transfronterizos.

Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener Autorización Administrativa previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

Los extranjeros podrán acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A tal efecto, podrán presentarse a las ofertas públicas de empleo que convoquen las Administraciones Públicas.

El artículo 34 contempla la necesidad de conseguir Autorización Administrativa para trabajar en actividades económicas por cuenta propia, en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano. La legislación exige haber solicitado las licencias y permisos (igual que lo realizan los nacionales) para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.

El artículo 35 de la nueva ley define el permiso de trabajo como la autorización para realizar en España actividades lucrativas por cuenta ajena. Sigue existiendo para la concesión inicial del trabajo la llamada «situación nacional de empleo»<sup>8</sup>. Transcurridos cinco años desde la concesión del primer permiso de trabajo y las prórrogas correspondientes, el permiso adquirirá el carácter de permanente.

Por su parte, el artículo 42 regula el trabajo de los trabajadores transfronterizos, que son aquellos que residen en zona limítrofe desarrollando su trabajo en España y volviendo a diario a su lugar de residencia.

---

<sup>8</sup> Concepto jurídicamente indeterminado que significa que tienen preferencia los trabajadores nacionales en paro frente a los solicitantes de empleo extranjeros. Este principio no opera para los nacionales de Ecuador, Chile y Perú, países con los que se tienen firmados acuerdos de cooperación y reciprocidad.

## 2.2. Excepciones al permiso de trabajo.

No tienen necesidad de obtener permiso de trabajo aquellos profesionales o científicos cualificados para el ejercicio de determinadas actividades como técnicos, científicos, profesores, docentes, funcionarios civiles o militares en proyectos de cooperación, corresponsales de medios de comunicación, misiones científicas, artistas, religiosos.

Tampoco necesitarán permiso de trabajo los españoles de origen que hubieran perdido su nacionalidad, los casados con español o española, o los que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española, los nacidos y residentes en España y los que tienen residencia permanente.

## 2.3. Permisos especiales de trabajo.

- Los extranjeros que se hayan regularizado conforme al artículo 29.3: el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia (art. 36).
- Estudiantes (art. 40): en principio los estudiantes no están autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena. Sin embargo, en la medida que no limite la prosecución de los estudios en los términos que reglamentariamente se determine podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada.
- Trabajadores de temporada (art 41): se consideran trabajadores de temporada o campaña aquellos extranjeros que entren para la realización de un determinado trabajo (agrícola) y que saldrán del país cuando finalice el mismo.

## 3. Tramitación de los permisos de trabajo.

La tramitación de los permisos iniciales tiene dos fases. La primera se realiza en España, donde el empresario, en teoría, o el trabajador, en la práctica, formulará la solicitud para contratar a un extranjero. La segunda, salvo en los casos de exención de visado <sup>9</sup>, se realizará en el país de origen o de procedencia, se trata de la solicitud de visado para la entrada en España.

<sup>9</sup> La exención de visado es una figura excepcional regulada en el artículo 25.1 de la ley que se establece para cuando concurren motivos humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria. Supone un acto administrativo por el cual se exime al extranjero de la obligatoriedad de obtener el visado siendo una excepción a la regla general que es su exigencia. El desarrollo concreto de la figura de la exención de visado se establece específicamente por la Orden de 11 de abril de 1996 del Ministerio de Justicia e Interior por la que se regulan las exenciones de visado (que entendemos sigue en vigor). Dicha Orden parte del principio de reiterar la obligatoriedad de presentar visado para solicitar autorización de residencia en España y, como consecuencia, resaltar el carácter excepcional de la exención.

### 3.1. *Presentación de los permisos de trabajo.*

En los permisos iniciales por cuenta ajena podrá presentar la solicitud el empresario o la persona que ostente su representación, cuando éste resida en el extranjero; también el propio extranjero, que suele ser lo más habitual. Lo normal es que el extranjero se encuentre ya en España y como cualquier trabajador busque un empleo y, una vez encontrado, inicie él la tramitación del permiso. En este caso la ley señala como excepción lo que ya es regla general «si el empresario es el obligado a solicitar el permiso de trabajo por cuenta ajena y no lo cumpliera, podrá el propio extranjero solicitar la concesión de dicho permiso, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que aquél hubiera incurrido y de que se impongan las sanciones que fueran procedentes». En la práctica, como ya se ha señalado, suele presentarlo el trabajador y no se impone sanción alguna.

En el caso de tratarse de permiso inicial por cuenta propia, queda claro que el propio trabajador está legitimado para la presentación de la solicitud desde el principio.

### 3.2. *Lugar y efectos de la presentación de la solicitud.*

La solicitud deberá presentarse en el Área de Trabajo de las Delegaciones de Gobierno, en las Oficinas de Extranjeros o en la Dirección General de Ordenación de las Migraciones <sup>10</sup>. Si el sujeto legitimado para presentarla se encuentra en el extranjero, será ante la Misión Diplomática u Oficina Consular donde resida.

Una vez presentada se entregará al solicitante un resguardo que, si bien no autoriza por sí solo a residir en España, servirá como justificación de las circunstancias de su permanencia. Será el momento para iniciar la tramitación del correspondiente visado, personalmente o a través de representante.

### 3.3. *Documentación a presentar junto a la solicitud.*

- Por parte del **trabajador**:

1. Copia del pasaporte o documento de viaje en vigor.

---

<sup>10</sup> Cuando las empresas que presentan las solicitudes tienen diversos centros de trabajo en distintas provincias y una plantilla superior a 100 trabajadores, que tuvieran centralizados sus servicios administrativos en Madrid.

2. Certificado de antecedentes penales del país de origen o residencia, salvo que se hubiera presentado para la obtención del visado.
3. Certificado médico oficial, excepto al igual que en el caso anterior ya lo hubiera presentado.
4. Tres fotografías tamaño carnet.
5. Documentos que acrediten alguna de las preferencias para su concesión.

Si la solicitud es para un permiso por cuenta propia, también deberá aportar:

1. Proyecto de establecimiento o actividad a realizar, con indicación de la inversión prevista, su estimada rentabilidad y puestos de trabajo de nueva creación con distinción de los que fueren extranjeros y los que fueren de origen nacional y análisis de los efectos sobre la economía nacional. Su presentación es obligatoria salvo que se hubiera aportado junto a la solicitud de visado.
  2. Acreditación de que se han solicitado las autorizaciones o licencias exigidas para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional. En realidad al presentar la solicitud, no podremos aportar dichas autorizaciones, ya que para poder realizarlas nos exigirán la resolución de la concesión del permiso de trabajo (por ejemplo, para darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas). Por lo tanto, la presentación de éstas quedará aplazada a dicho momento, aunque siempre antes de la entrega física de la tarjeta.
  3. Acreditación de que posee la habilitación profesional para el ejercicio de la actividad, homologada si fuera extranjera.
- Por parte del **empresario** (sólo para el permiso por cuenta ajena):
    1. El documento nacional de identidad o código de identificación fiscal y número de inscripción en la Seguridad Social o documento acreditativo de hallarse exento.
    2. Oferta de trabajo, existe un modelo oficial al que se podrán anexionar las cláusulas o condiciones particulares.
    3. Memoria descriptiva de las actividades de la empresa o del puesto de trabajo de que se trate, que justifique la contratación. En la practica casi nunca se aporta, lo cual resulta lógico, ¿desde cuándo un empresario debe justificar la contratación de un trabajador?
    4. También se podrán solicitar los documentos que consideren necesarios para acreditar la solvencia del empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

### 3.4. Instrucción del procedimiento.

Serán los mismos organismos en los que se presentó la solicitud los que realizarán la instrucción del expediente laboral. Para ello requerirán informes a los servicios públicos de empleo, referidos al área geográfica y a la actividad económica cuando se trate de un permiso por cuenta ajena, y al Ministerio de Comercio cuando se trate de actividad por cuenta ajena.

### 3.5. Resolución del expediente.

Corresponde a las antiguas Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, hoy Áreas de Trabajo de las Delegaciones de Gobierno, del lugar de la realización del trabajo.

Una vez obtenido el informe favorable de la autoridad gubernativa sobre la autorización de residencia, se dictará resolución motivada sobre la concesión o denegación del permiso de trabajo que se notificará al interesado con indicación de las cantidades que corresponda abonar en concepto de tasas, contando con un plazo de ocho días para su liquidación. Si fuera favorable y el extranjero se encontrase fuera de España, se comunicará a la Dirección General de Asuntos Jurídicos Consulares para la concesión, en su caso, del visado de residencia.

Es decir, el extranjero ya posee la autorización para trabajar, incluso puede darse de alta en la Seguridad Social y empezar su actividad, pero todavía le quedará la resolución de su permiso de residencia para poder obtener el documento unificado de residencia y trabajo, por lo tanto, su autorización se encuentra condicionada a la posterior concesión de la residencia por la autoridad gubernativa.

Una vez la autoridad gubernativa reciba la resolución favorable junto a la documentación relativa a la residencia remitida por la autoridad laboral, resolverá sobre la concesión o no del permiso de residencia. En el caso de ser favorable se entregará al extranjero una tarjeta individual acreditativa de la autorización de residencia y del permiso de trabajo, que deberá retirar personalmente, previa justificación de haberse efectuado el ingreso de las tasas y derechos procedentes para su expedición.

### 3.6. Renovación.

La disposición adicional única de la ley establece que las solicitudes de prórroga del permiso de residencia así como la renovación del permiso de trabajo que se formulen por los interesados al amparo de la nueva ley se resolverán en tres meses, transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas.

#### 4. Contingente.

El contingente o cupo anual se ha convertido en un ansiado instrumento de regularización de inmigrantes. Quizá sea la figura más conocida, dada la expectación y publicidad que se hace de ella.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000 se crea legalmente el contingente, acabando con la nota de excepcionalidad que le ha caracterizado, manteniendo vigente el «régimen general» de contratación de trabajadores extranjeros; y la convocatoria anual de un contingente de mano de obra extranjera <sup>11</sup>.

El contingente se convocará anualmente con la finalidad de fijar un número de trabajadores extranjeros y las características de las ofertas de empleo para trabajadores no residentes en España con indicación de los sectores y actividades profesionales. Tiene ciertas ventajas sobre el permiso ordinario de trabajo en tanto que no se aplica la situación nacional de empleo y que se realiza el viaje para recoger el visado de trabajo cuando hay seguridad en la concesión del permiso de trabajo.

Hasta ahora se ha utilizado con la finalidad de regularizar inmigrantes y conocer el grueso de extranjeros que permanece en España en situación irregular. El contingente es una institución que nace sin el amparo de la Ley de Extranjería, y convive con los permisos ordinarios para trabajadores extranjeros. Su origen hay que buscarlo en la proposición no de ley de 1991 del grupo parlamentario socialista por la que instó al Gobierno a iniciar una política de inmigración, propiciar la afloración y legalización de los extranjeros que trabajan en situación irregular. Efectivamente en 1991 por Acuerdo del Consejo de Ministros, desde el 9 de junio de 1991 hasta el 10 de diciembre de 1991, se abrió un proceso de regularización, sin necesidad de obtener el visado para los extranjeros que estuvieran en España antes del 15 de mayo de 1991.

En 1993 y 1994 se convocan los «Cupos de Migración Laboral» considerando que el extranjero no está en España por lo que se obliga a realizar el viaje al país de origen. En estos procesos la policía «hace la vista gorda» y no aplica estrictamente la Ley de Extranjería sino que, por decisión política, se consiente esta regularización sin interferencias policiales. (Nada impediría ir a la policía a las colas de las oficinas competentes y solicitar documentación a los inmigrantes que claramente están en situación irregular, sin embargo, esto no se hace).

En 1995 volvió a convocarse el contingente, quedando denegadas más de quince mil solicitudes por exceso de cupo.

---

<sup>11</sup> Los empresarios podrán contratar extranjeros con ofertas de empleo fuera del período establecido para el contingente y en distintos sectores y actividades profesionales; aunque como sabemos, por esta vía la Administración puede denegar la solicitud en atención a la situación nacional de empleo, mientras que en el contingente esta posibilidad no existe.

En 1996 se elabora un nuevo reglamento, que diseña un propio sistema de regularización especial, por lo que no se convoca contingente, sin embargo por primera vez el nuevo Reglamento de Extranjería contempla la institucionalización del contingente, en su artículo 70, que se convocará dependiendo de la voluntad del Gobierno que: «podrá convocar contingente anual». Es decir, el contingente que nace por decisión política se reviste con el paso del tiempo de cierto soporte jurídico, consagrando la excepcionalidad como norma.

Posteriormente, el artículo 70 del Reglamento de 1996 regula esta figura que carecía de cobertura legal, ya que la Ley Orgánica de 1985 no hacía referencia ninguna al contingente.

En 1997 se convocó un nuevo contingente, que ofrecía 15.000 plazas, que fueron claramente insuficientes.

En 1998, entre el 31 de marzo y el 30 de junio, se convocó nuevamente un contingente de 28.000 plazas, en el que se rescataron solicitudes del año anterior, presentándose 60.000 solicitudes.

En 1999 se ha convocado un nuevo contingente entre el 27 de enero y el 23 de abril de 1999, con 30.000 plazas.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España eleva a rango normativo las previsiones contenidas reglamentariamente con vocación de cumplir su verdadera finalidad, el control del flujo de trabajadores extranjeros no residentes. Se establecen con carácter anual, no computando a efectos de cubrir plaza en el contingente, las ofertas de trabajo que vayan dirigidas a:

- Cubrir puestos de confianza;
- Se trate de cónyuge o hijo de extranjero residente en España;
- Se trate del titular de una autorización previa de trabajo que pretenda su renovación;
- Los trabajadores necesarios para el montaje o reparación de una instalación o equipos productivos;
- Los que hubieran gozado de la condición de refugiado durante el año siguiente a la fecha de la pérdida de tal condición.

La institución del contingente ha sido fuertemente criticada <sup>12</sup> por los operadores jurídicos al estar llena de puntos oscuros, ya hemos visto la nota de excepcionalidad, subsanada con la nueva ley, pero hay otras tres que se han venido manifestando siendo deseable que desaparezcan con los contingentes que nazcan al amparo de la nueva ley:

---

<sup>12</sup> *Vicios y falsas instituciones en Derecho de Extranjería*. Cuadernos de Extranjería II Aula de Migración del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

- La inseguridad jurídica: es una institución mal diseñada, pues está pensada para canalizar el flujo migratorio de los trabajadores que están fuera de España, por lo que las disfunciones e imperfecciones están garantizadas desde el principio, ya que un noventa por ciento de los que se acogen a este contingente son los inmigrantes que viven en España. Con esta ficción se hace viajar al inmigrante a su país de origen para realizar el trámite de recoger su «visado de trabajo», con lo que el viaje obligado sirve de filtro persuasivo consiguiendo el efecto contrario a lo que inicialmente se desea, obteniendo su permiso inicial los que tienen medios económicos, en detrimento de los de menor capacidad adquisitiva.

Lejos de la realidad, los folletos explicativos lanzan la oferta a los empresarios o empleadores, cuando la realidad es otra totalmente diferente: es el trabajador extranjero el que busca patrón.

La normativa, los plazos, y la competencia en la tramitación cambia anualmente, por lo que se producen retrasos y correcciones sobre la marcha que provocan inseguridad jurídica. La convocatoria se realiza cada año en períodos diferentes, por lo que se provoca incertidumbre y especulaciones innecesarias.

Las plazas son limitadas e insuficientes, siendo el primero en presentarlas quien más posibilidades tiene para conseguir una plaza, por lo que otra vez un diseño erróneo provoca caos y avalancha los primeros días, donde las largas colas para conseguir un solo formulario ya son un clásico. Es frecuente detectar la venta de los impresos, entre inmigrantes, dada la escasez de los mismos. No hay igualdad de oportunidades, ya que los medios tampoco permiten obtener impresos a todos ni canalizar todas las solicitudes al tiempo, pues funciona con cita previa, de tal forma que al principio todas las fechas están ocupadas, teniendo más oportunidad para conseguir una plaza y al final sobran citas por estar prácticamente todas las solicitudes fuera de cupo, aunque se reúnan todos los requisitos para su concesión.

En cuanto a la forma de acceso, y conectando con la preferencia de obtención del permiso según el día en que se consiga introducir el expediente, resulta que se hace un vaciamiento de la Ley 30/1992 pues el acceso al registro por correo, o por Registro General u otro de los considerados por el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, es posible pero no garantiza ni la fecha de presentación, ni la compulsión de documentos, ni el otorgamiento de NEV, que será el número necesario para poder ir solicitando el visado, y hacer un seguimiento del expediente por lo que en caso de utilizar este medio se está evitando la cola inicial pero el expediente va «tocado» ya que habrá que realizar los trámites con posterioridad, provocando el consiguiente trastorno en la oficina, que está desbordada.

Por este motivo, preferencia de adjudicación de plazo por criterio cronológico, se ha recurrido la normativa que convoca el contingente, por lo que tendremos que estar atentos a una respuesta de los Tribunales de Justicia.

La descoordinación entre instituciones que participan en el contingente lleva aparejada muchas veces la denegación del permiso, pues no es infrecuente que teniendo informe favorable para la concesión del permiso de trabajo, por la autoridad laboral, la tardanza del informe de policía (Ministerio del Interior) provoquen que dicho expediente esté fuera del cupo teniendo que denegar por este motivo.

Otro elemento distorsionante es la necesidad de recoger el visado de trabajo en el país de origen que crea trastorno económico y laboral pues el empleador carece de la mano de obra que venía utilizando; para paliar este problema existe la institución de la exención de visado que cada año tiende a ser más amplio, pero insuficiente, teniendo como criterio no tanto la excepcionalidad que contempla el Reglamento de extranjería, como el criterio subjetivo adoptado por la Administración.

Una vez en el consulado español en el país de origen, la tardanza será mayor o menor según la demanda, además los consulados a veces ponen en duda la credibilidad de la documentación o exigen otra diferente a la que se expone en la convocatoria, provocando disfunciones que requieren la emisión de otros documentos duplicados por parte de la autoridad laboral, la cual se niega por motivos de eficacia y economía procesal.

- La presunción de fraude: no es infrecuente que cuando el interesado presenta una oferta de empleo el funcionario presuma que es un fraude, que los documentos del empleador sean falsos, o se trate de un favor en vez de una oferta firme de empleo, reemplazando la buena fe del extranjero por la sospecha del funcionario.

Otras veces, la subjetividad en los criterios de concesión hace al funcionario denegar un permiso alegando «no necesidad de contratar» chocando esto con la libertad de mercado que establece la Constitución (art. 38).

- El maltrato al extranjero: también se ha detectado en el contingente un maltrato al extranjero y a los profesionales que les representan, recogiendo los datos de la encuesta, realizada por el Aula de Migración del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, que ha puesto de manifiesto el malestar existente entre los letrados que trabajan día a día en defensa de los inmigrantes. La mayoría de las quejas hacían hincapié sobre el bajo nivel de formación de los funcionarios, sobre el trato que se dispensa a los inmigrantes, y la falta de cortesía hacia los profesionales que los representan y defienden.

### III. INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

La regulación de la potestad sancionadora en materia de extranjería se recoge en la propia Ley Orgánica en los artículos 46 a 59.

Hasta ahora la regulación de la potestad sancionadora en materia de extranjería estaba recogida en cuatro artículos de la ley, por lo que el resto de la regulación estaba repartida en diferentes textos legales: la ley, el Reglamento, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana. La nueva ley recoge un amplio sistema sancionador remitiéndose en bloque a nuestra Ley de Procedimiento Administrativo Común; el artículo 46 de la Ley Orgánica dice expresamente: «El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de infracciones administrativas prevista en la presente Ley Orgánica se ajustará a lo dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo y en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Por tanto, debemos tener en cuenta los principios que configuran el régimen de infracciones y sanciones.

## 1. Principios de la potestad sancionadora.

El Tribunal Constitucional ha establecido un mimetismo entre la sanción penal y la sanción administrativa, es decir, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se inspira en los valores del Derecho Penal y los aplica al Derecho Administrativo sancionador dando un carácter de rigor, independencia, seguridad jurídica y garantías al procedimiento sancionador, conforme a la prohibición de arbitrariedad que establece el artículo 9.3 de la CE.

La Ley 30/1992, LRJ-PAC en su Título IX (art. 127 a 132) recoge los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, así como las garantías del procedimiento sancionador.

Los principios referidos son:

- Legalidad (art. 127 de la LRJ-PAC y art. 4 RD 1398/1993).
- Irretroactividad (art. 128 de la LRJ-PAC y art. 4 RD 1398/1993).
- Tipicidad (art. 129 de la LRJ-PAC y art. 2 RD 1398/1993).
- Responsabilidad (art. 130 de la LRJ-PAC).
- Proporcionalidad (art. 131 de la LRJ-PAC y art. 6 RD 1398/1993).
- *Non bis in ídem* (art. 133 de la LRJ-PAC y arts. 5 y 7 RD 1398/1993).

Las garantías aludidas son:

- Derecho a un procedimiento.
- Derechos del presunto infractor.
- Derecho a la presunción de inocencia.
- Derecho a una resolución motivada.

## 2. Principios del procedimiento.

- ***Principio de legalidad (art. 127 de la LRJ-PAC y art. 4 RD 1398/1993).***

Es un principio recogido en la CE por el cual nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en cada momento.

Así, por ejemplo, en el vigente Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre) se recogen los nuevos delitos de manipulación genética, de tal forma que sólo se podrán sancionar las manipulaciones genéticas a partir de la entrada en vigor del Código Penal.

- **Irretroactividad (art. 9.3 CE, art. 128 de la LRJ-PAC y art. 4 RD 1398/1993).**

Es un principio que prohíbe aplicar disposiciones sancionadoras antes de su entrada en vigor, salvo que sean más favorables para el infractor. Este principio está estrechamente relacionado con el anterior, ya que se complementan y se recogen los dos en el mismo artículo 25.1 de la CE.

- **Tipicidad (art. 129 de la LRJ-PAC y art. 2 RD 1398/1993).**

La tipicidad es aquella conducta concreta que es considerada infracción, delito o falta. Por ejemplo, matar a una persona encaja en el tipo penal del homicidio.

Este principio sólo permite sancionar aquellas conductas tipificadas, es decir, las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales en una ley, estableciéndose una estrecha relación entre principio de tipicidad y legalidad, ya que el primero es una manifestación del segundo.

- **Proporcionalidad (art. 25.3 CE, art. 131 de la LRJ-PAC y art. 6 RD 1398/1993).**

Las sanciones administrativas no podrán nunca privar de libertad a las personas. Además, las sanciones deben ser adecuadas a la gravedad de los hechos. El artículo 132 de la ley establece tres clases de infracciones: muy graves, graves y leves, correspondiendo a cada clase un cuadro de sanciones diferentes que habrá que moderar según concorra intencionalidad, la gravedad del perjuicio causado, así como la reincidencia.

- **Principio Non bis in ídem o de no concurrencia de sanciones (art. 133 de la LRJ-PAC y arts. 5 y 7 RD 1398/1993).**

Se trata de la plasmación del principio *non bis in ídem*, es decir, la imposibilidad de que puedan imponerse sanciones administrativas y penales en los casos en que se aprecie identidad de sujetos, hechos y fundamentos, así como que se sancione una misma conducta por diferentes autoridades en el curso de distintos procedimientos. El artículo 7 del Real Decreto 1398/1993 establece que en caso de que una infracción administrativa pudiera constituir delito habrá que comunicarlo al Ministerio Fiscal y suspender la tramitación del procedimiento administrativo hasta que recaiga resolución judicial. Con ello se evita infringir el principio *non bis in ídem*.

### 3. Garantías del procedimiento.

- **Derecho a un procedimiento con todas las garantías (art. 134 de la LRJ-PAC).**

1.º Procedimiento previo legal o reglamentariamente establecido (art. 1 RD 1398/1993).

2.º Separación entre órgano instructor y sancionador (art. 10.1 RD 1398/1993).

3.º Prohibición de imposición de sanción sin procedimiento previo.

- **Derechos del presunto responsable en el procedimiento sancionador (art. 135 de la LRJ-PAC y art. 3 RD 1398/1993).**

El interesado tiene derecho a ser notificado de los hechos que se le imputan, las infracciones que se hubieran podido cometer, la sanción que puede recaer en su caso, la identidad del instructor, así como la autoridad competente para sancionar y la norma que atribuya tal competencia.

Tendrá derecho a formular alegaciones y utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 17 RD 1398/1993), y además ejercer todos los derechos recogidos en el artículo 35 de la Ley 30/1992 LRJ-PAC.

- **Presunción de inocencia (art. 137 de la LRJ-PAC).**

La Administración debe probar conforme a Derecho la culpabilidad de la infracción que imputa, de tal forma que de no destruir esa presunción de inocencia no se podrá sancionar.

- **Derecho a una resolución motivada (art. 138 de la LRJ-PAC).**

Que resuelva todas las cuestiones planteadas (congruencia), así como dar a conocer si pone fin a la vía administrativa y los recursos que se pueden interponer (art. 20 RD 1398/1993).

#### **4. Infracciones en materia laboral.**

Las infracciones administrativas pueden ser leves, graves y muy graves, pudiendo ser sancionadas con multa o expulsión. La ley tipifica expresamente las sanciones leves (art. 48), las graves (art. 49) y las muy graves (art. 50) y les atribuye a cada una de ellas una sanción: hasta cincuenta mil pesetas para las leves, hasta un millón para las graves y hasta diez millones para las más graves (art. 51).

##### *4.1. Infracciones leves en materia laboral.*

Artículo 48. A) La omisión o retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral.

Artículo 48. C) Encontrarse trabajando sin haber solicitado permiso de trabajo, cuando se cuente con permiso de residencia temporal, o cuando éste se le haya denegado.

##### *4.2. Infracciones graves en materia laboral.*

Artículo 49. B) Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado permiso de trabajo o autorización administrativa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

#### 4.3. *Infracciones muy graves en materia laboral.*

Artículo 50. E) La contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos.

#### 4.4. *Prescripción.*

Prescripción de infracciones (art. 52):

Las infracciones leves prescriben a los seis meses.

Las infracciones graves prescriben a los dos años.

Las infracciones muy graves prescriben a los tres años.

Prescripción de sanciones:

Las sanciones impuestas por infracciones leves prescriben al año.

Las sanciones impuestas por infracciones graves prescriben a los dos años.

Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescriben a los tres años.

Por otro lado, el artículo 20.6 del mismo Real Decreto establece que los procedimientos sancionadores tendrán un plazo máximo de resolución, de no resolverse en dicho plazo, se entenderá caducado y se archivarán las actuaciones.

Habrà que estar, por tanto, pendientes del plazo máximo de resolución establecido en la norma concreta, de no establecerse ninguno, se entiende que son seis meses, transcurrido dicho plazo, desde que se incoó el procedimiento sancionador, se producirà la caducidad conforme el nuevo artículo 44.2 de la Ley 30/1992 <sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992, la iniciación del plazo de caducidad era conforme al artículo 43.4 de la Ley 30/1992, es decir, había que añadir 30 días a los seis meses del plazo máximo de resolución (contando seis meses naturales más treinta días hábiles, resultaba el día en que se producía la caducidad definitiva). Transcurrido dicho plazo, el órgano competente emitía certificado, a solicitud del interesado, en el que constaba que había caducado el procedimiento.

#### 4.5. Procedimiento sancionador en materia laboral.

A falta de su regulación en la Ley de Extranjería y hasta que se publique el nuevo reglamento, nos remitiremos en esta materia a lo establecido en el Título IX de la Ley 30/1992 LRJ-PAC y a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social -Ley 8/1988, de 7 de abril- ajustándose el procedimiento sancionador a los siguientes trámites:

- a) Se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de actuaciones practicadas de oficio o por denuncia.
- b) El acta se notificará al interesado, quien podrá formular alegaciones en su defensa y proponer la prueba que sea necesaria ante la autoridad competente para dictar la sanción.
- c) Transcurrido el plazo de alegaciones, y realizadas las diligencias necesarias, se darán ocho días más para el caso de que se desprenda la existencia de hechos distintos a los reflejados en la Inspección de Trabajo.
- d) A la vista de las actuaciones el órgano competente dictará resolución correspondiente.

Contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan.

### 5. Delitos contra ciudadanos extranjeros.

La nueva ley aprovecha sus disposiciones finales para reformar la política criminal en materia de inmigración ilegal y tráfico de seres humanos, plasmándose en una reforma del Código Penal e introduce en el artículo 55 la figura del «delator» a semejanza del «arrepentido» del artículo 376 del Código Penal en materia de tráfico de drogas.

Aquellos extranjeros que en situación irregular, y que hayan sido víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilícito de mano de obra o de seres humanos, o hayan sufrido explotación sexual, podrán acogerse a la situación de exención de responsabilidad administrativa no siendo expulsados si denuncian o cooperan con la policía contra los autores de dicho tráfico.

Los órganos encargados de la instrucción del expediente sancionador del extranjero en la situación anterior propondrán que quede exento de su responsabilidad administrativa al haber denunciado o proporcionado datos esenciales o testificando en el procedimiento judicial contra los autores del tráfico humano.

Una vez concluido el expediente y habiendo quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección:

- El retorno a su país de origen;
- La estancia y residencia en España;
- Permiso de trabajo;
- Facilidades para su integración social.

La reforma penal modifica el artículo 312, introduce el nuevo artículo 318 bis y modifica los artículos 515, 517 y 518 del Código Penal.

La reforma se orienta en tres ámbitos:

- Laboral: se aumenta la pena de prisión de dos a cinco años para los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra (española o extranjera).

El artículo 312.1 del Código Penal establece: «Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra».

- Derechos de los extranjeros. Se introduce un nuevo Título en el XV bis del Código Penal denominado «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» que castiga el tráfico de seres humanos, especialmente si se aprovecha su situación de necesidad, minoría de edad, o se pone en peligro la vida de la víctima.
- Asociaciones dedicadas al tráfico de seres humanos: se considera asociación ilícita la que se dedica al tráfico ilegal de personas (arts. 515.6.º, 517 y 518 CP).

#### **IV. PROCESO DE REGULARIZACIÓN DE EXTRANJEROS: UN ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO**

La regulación de extranjeros es un proceso gracioso de la Administración que tiene como fin dar estatus legal a aquellos extranjeros que cumplan determinados requisitos. Efectivamente, la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, establecen un procedimiento para la regularización de extranjeros que cumplan determinados requisitos. El plazo de presentación es entre el 21 de marzo de 2000 y el 31 de julio de 2000.

##### **1. Personas a las que se dirige la regularización.**

- Extranjeros que hayan sido *titulares* de alguno de los siguientes permisos en el período de tiempo comprendido entre el 1 de febrero de 1997 y el 1 de febrero de 2000:

De residencia.

De trabajo y residencia.

- Extranjeros que hayan *solicitado* alguno de los siguientes permisos antes del 31 de marzo de 2000, inclusive:

De residencia.

De trabajo y residencia.

- Extranjeros que hayan formalizado la *solicitud de asilo* hasta el 1 de febrero de 2000, cuya solicitud esté en trámite o se le hubiera desestimado <sup>14</sup>.
- Familiares de los extranjeros incluidos en los tres puntos anteriores y de residentes legales. En concreto:

El cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. Los hijos, naturales o adoptivos, tanto del extranjero incluido en alguno de los tres puntos anteriores (solicitante de permisos de residencia, solicitantes de asilo...), como los hijos del cónyuge de éste, siempre que sean menores de edad o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal y no se encuentren casados.

Estos extranjeros no necesitan haber sido titulares o solicitantes de permiso de residencia o de permiso de trabajo y residencia o de asilo, pero la aprobación de su solicitud quedará condicionada a la resolución favorable de la regularización del extranjero familiar que legitima.

## 2. Requisitos.

Los extranjeros que se encuentren en alguna de las situaciones descritas en el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación.

---

<sup>14</sup> Hay que destacar que la norma requiere haber superado el trámite de admisión, es decir, el solicitante de asilo al que se le haya inadmitido a trámite no estará en condiciones de ser regularizado.

- No estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 49 g) y 50 de la Ley Orgánica 4/2000, es decir, las consideradas como infracciones muy graves y la infracción grave consistente en la participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales.
- Que no haya sido acordada con anterioridad expulsión contra el extranjero por alguna de las causas en base a la derogada Ley de Extranjería de 1985 y su Reglamento de ejecución, salvo que la expulsión acordada haya prescrito, o que la causa por la que se acordó la expulsión en base a la Ley 7/1985, ya no se prevea como motivo de expulsión en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica 4/2000. En estos casos será el órgano que tramita el expediente de regularización el que de oficio instará a la autoridad gubernativa que en su día acordó la expulsión para que revoque ésta, como paso previo a la concesión del oportuno permiso de trabajo y residencia o de residencia.
- No tener prohibida la entrada en territorio Schengen a causa de un procedimiento de expulsión, tampoco se debe tener prohibida la entrada en dicho territorio como consecuencia de la inscripción realizada en el Sistema de Información Schengen. En este caso la Administración deberá instar de oficio consulta previa a la parte contratante que realizó la inscripción y si resulta que la citada inscripción es por alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 49 g) y 50 de la Ley Orgánica 4/2000, no se accederá a la pretendida regularización, salvo que por las determinadas circunstancias del extranjero la oficina Sirene acceda a regularizarle aunque continuará con la prohibición de entrada en los otros países Schengen.
- No tener proceso judicial en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones.
- Inexistencia de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. Sin embargo, no será obstáculo para acceder a la regularización haber cometido delito en España si el extranjero ha cumplido la condena, ha sido indultado o está en situación de remisión condicional de la pena.

### 3. Caso especial: familiares de residentes comunitarios o de españoles.

Los familiares de residentes comunitarios o de españoles, que no posean la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, podrán ser documentados con una tarjeta de residente comunitario, si cumplen los siguientes requisitos:

- Encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación.
- No encontrarse incurso en alguna de las causas de expulsión del artículo 15 del Real Decreto 766/1992, ni tener prohibida la entrada en territorio español en virtud de una previa expulsión por estas mismas causas.
- Inexistencia de antecedentes penales en los mismos términos que en el apartado anterior.

La solicitud se presentará <sup>15</sup> en modelo oficial ante las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno, que serán las competentes para resolver la concesión o no del permiso de trabajo.

A la solicitud habrá que acompañar pasaporte en vigor y documentación que acredite que se encuentra en España de forma continuada antes del 1 de junio de 1999 y otros específicos según el colectivo al que pertenezcan (permiso anterior, desestimación del derecho de asilo, etc.).

Una vez que llegue el expediente a la Unidad encargada de su tramitación, ésta procederá a comprobar el cumplimiento de los requisitos necesarios en cada caso y si se cumplen:

Si se ha solicitado permiso de trabajo y residencia, adoptará resolución concediendo dicho permiso, lo que permitirá trabajar legalmente y ser afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social, después se dará traslado del expediente a la autoridad gubernativa para que resuelva sobre el permiso de residencia.

Si se ha solicitado sólo permiso de residencia, será directamente la autoridad gubernativa quien resuelva sobre el permiso de residencia.

La denegación de un permiso supone la denegación de las solicitudes presentadas por los familiares, cuando se haya solicitado la regularización en base a la solicitud de aquél.

Permisos que se concederán:

- 1.º Permiso de trabajo y residencia tipo b (inicial) cuenta ajena o tipo d (inicial) si es por cuenta propia. Si se ha acreditado que tuvieron un permiso de duración superior se les concederá un permiso del tipo más favorable al que hubieran tenido.
- 2.º Permiso de residencia de un año de duración. Si se ha acreditado que tuvieron un permiso previo de residencia se les concederá un permiso del tipo más favorable al que hubieran tenido.
- 3.º Tarjeta Comunitaria por cinco años, a los extranjeros familiares de residentes comunitarios.

#### 4. Medidas del proceso de regularización para extranjeros en situación regular.

- *Para los permisos en vigor* desaparecen las limitaciones geográficas y sectoriales o de actividad. Esto supone que los titulares de un permiso de trabajo «b» o «d» inicial o «B» o «D» renovados podrán trabajar en cualquier sector de actividad y en cualquier parte del territorio nacional.

<sup>15</sup> Se podrán utilizar los mecanismos previstos en la Ley 30/1992, en el artículo 38.4, es decir, registros de cualquier Órgano de la Administración General del Estado o de la CC.AA., y los Ayuntamientos que tengan convenio así como las oficinas de correos.

- *Para los permisos que se van a renovar*, se renovarán sin tener en cuenta si ha habido ocupación regular y estable ni cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social y sin necesidad de que haya continuación en la relación laboral o de tener una nueva oferta de empleo.

Se concederá un permiso de un tipo superior al que habría correspondido en condiciones normales a los permisos de trabajo presentados con anterioridad al 21 de febrero de 2000.

Los permisos b y d (iniciales) que se concedan en base a solicitudes presentadas con anterioridad al 21 de febrero del año 2000, no tendrán limitaciones, sirviendo para trabajar en cualquier parte del territorio nacional y en cualquier sector de actividad.

## V. OTRAS NOVEDADES DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

### 1. Normas fiscales en la Ley de Extranjería.

Los extranjeros estarán sujetos, respecto a los ingresos obtenidos en España y a las actividades desarrolladas en la misma, a los mismos impuestos que los españoles (sin perjuicio de los acuerdos internacionales de doble imposición).

Los extranjeros tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros obtenidos en España a su país, o cualquier otro, conforme a los procedimientos establecidos en la legislación española y de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables. El Gobierno adoptará las medidas necesarias para facilitar dichas transferencias.

Por otro lado, la autorización administrativa a favor de los extranjeros para trabajar en España o la renovación de la misma constituye una tasa, que deberá ser pagada por los empleadores cuando el trabajador sea por cuenta ajena.

Si se trata de autorización por cuenta propia el sujeto pasivo será el propio trabajador. Todo pacto por el cual el trabajador por cuenta ajena asuma pagar total o parcialmente la tasa establecida se considera nulo.

La cuantía de la tasa se establecerá reglamentariamente conforme a la clase de autorización, inicial o renovación, naturaleza, cuenta propia o ajena, así como su duración.

La autorización permanente está exenta del pago de la tasa.

## 2. Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración.

El Gobierno se impone la obligación de elaborar una observación permanente de las magnitudes y características del fenómeno migratorio con objeto de analizar su impacto en la sociedad española con el fin de evitar la aparición de corrientes xenófobas o racistas. Para ello coordinará su actuación administrativa.

El Gobierno elaborará planes para la actuación de la Inspección de Trabajo previa al procedimiento sancionador destinados especialmente a comprobar el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores extranjeros, así como el cumplimiento efectivo de la normativa en materia de permiso de trabajo de extranjeros.

Se crea *el Consejo Superior de Política de Inmigración* para asegurar una adecuada coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias sobre la integración de los inmigrantes. Este órgano establecerá las bases y criterios sobre los que se asentará una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes.

## 3. Apoyo al movimiento asociativo de los inmigrantes.

Los poderes públicos impulsarán el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, facilitándoles recursos materiales y ayuda económica a través de programas generales y específicos.

Se diseña por la Ley Orgánica (puesto que ya venía funcionando) el *Foro para la Inmigración*, constituido de forma tripartita entre Administración, asociaciones de inmigrantes y organizaciones sociales, siendo órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de inmigración.